



Mandado de segurança e concursos públicos

Aspectos polêmicos e breves reflexões acerca da jurisprudência

Autor: Alexandre Arnold

Juiz Federal

publicado em 17.12.2014

[✉ \[enviar este artigo\]](#) [🖨 \[imprimir\]](#)

Resumo

O mandado de segurança revela-se instrumento de grande utilidade no âmbito dos concursos públicos, em que não raro são praticadas ilegalidades por parte da Administração Pública. No entanto, seu manejo recebe tratamento pouco uniforme por parte da jurisprudência, talvez ante a riqueza de situações fáticas que se apresentam nos casos concretos. Questão tormentosa no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a definição do termo inicial do prazo decadencial para a impetração parece pacificada. A formação de litisconsórcio é outro ponto controverso, oferecendo diversas soluções em razão do momento em que o *writ* é proposto e da amplitude de seu objeto. A utilização do mandado de segurança contra decisões judiciais, igualmente, encontra exceções à regra geral de vedação. A antiguidade funcional do candidato preterido que toma posse a destempo, por decisão proferida em mandado de segurança, também é analisada.

Palavras-chave: Concurso público. Mandado de segurança. Jurisprudência.

Sumário: Introdução. 1 Do mandado de segurança. 2 Do prazo decadencial para impetração do mandado de segurança e do seu termo inicial. 3 Dos casos de litisconsórcio. 4 Do manejo do mandado de segurança em desfavor de decisão transitada em julgado. Conclusão. Referências bibliográficas.

Introdução

A realização de concursos públicos, não raro, envolve litígios acerca da anulação de questões, da comprovação de qualificação técnica e da demonstração de atividade jurídica, idade mínima, aptidão física e muitos outros requisitos que, contestados em sua aferição, são submetidos ao crivo do Poder Judiciário. Ditas situações, entretanto, diversas vezes recebem tratamento disforme pelas cortes de justiça deste país.

Nesse cenário apresenta-se o mandado de segurança, remédio constitucional comumente manejado no intento de obter-se justiça no caso concreto, afastando possíveis ilegalidades ou abusos de poder praticados pela Administração Pública por ocasião dos certames.

Assim, este breve estudo objetiva analisar, em linhas gerais, a utilização do mandado de segurança no âmbito dos concursos públicos, descrevendo seus pressupostos, suas consequências e suas possibilidades, bem como os diferentes entendimentos desenvolvidos pela jurisprudência acerca de pontos específicos.

1 Do mandado de segurança

Nas palavras de José da Silva Pacheco, referindo-se à expressão “mandado de segurança” e às suas acepções,

“Mandado provém do latim *mandatum* ou *mandatus*, com significado de ordem ou determinação. Segurança tem o sentido de estado em que se encontra livre de risco, perigo, dano ou incerteza, exprimindo a carência de transtorno ou a remoção de suas causas. Basicamente, pois, mandado de segurança é a ordem para remover os óbices ou sustar seus efeitos a fim de fluir a paz, com o tranquilo gozo de direitos subjetivos.”(1)

As origens do mandado de segurança na tradição processual luso-brasileira são antigas. Assevera Eduardo Talamini:

“É comum remeter ao direito anglo-saxão a origem histórica dos nossos dois mais importantes instrumentos de jurisdição constitucional das liberdades, o *habeas corpus* e o mandado de segurança. Além disso, em relação ao mandado de segurança, é também frequente apontar o *juicio de amparo*, concebido pelo direito mexicano, como sua fonte direta de inspiração.

(...)

Como resultado direto de todas as discussões antes travadas no campo do *habeas corpus* e das ações possessórias, concebeu-se o mandado de segurança. As primeiras propostas de criação remontam ainda a 1926, vale dizer, logo a seguir da revisão constitucional que definitivamente sepultou as construções destinadas a dar alcance mais amplo ao *habeas corpus*. Sua instituição veio finalmente a ocorrer por meio da Constituição de 1934, em título atinente às ‘garantias de direitos’, no § 33 do art. 113:

‘Dar-se-á mandado de segurança para a defesa de direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado de segurança não prejudica as ações petitórias competentes.’”(2)

Na atualidade, assevera a Constituição Federal de 1988:

“Art. 5º (...) LXIX – conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;”

A Lei nº 12.016/09, que “disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências”, reproduz, em linhas gerais, o antigo diploma, Lei nº 1.533/51. Assevera o novel diploma:

“Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.”

O mandado de segurança constitui ação de conhecimento, sendo essa sua natureza processual. Leciona Pedro Roberto Decomain:

“Embora vinculado a condições da ação peculiares, quais sejam, liquidez e

certeza do direito e ato de autoridade, e obediente a procedimento bastante específico, o mandado de segurança, tanto individual quanto coletivo, não deixa de ser ação judicial.

(...)

Destina-se a permitir o controle, pela jurisdição, das atividades (essencialmente das administrativas) desenvolvidas por agentes de outros poderes do Estado e até mesmo por agentes do próprio Poder Judiciário. É, pois, mecanismo por intermédio do qual se exerce a jurisdição. Esta deve ser entendida, entre nós, não somente como função do Estado consistente em solver litígios entre particulares mediante ato de autoridade, mas também em solver litígios entre particular e o Estado, em qualquer de suas esferas, resguardando inclusive o direito do particular, quando atingido por ato estatal eivado de ilegalidade, mesmo involuntária (resultante de má interpretação de normas jurídicas, por exemplo), ou abuso de poder (este, sim, sempre doloso, não deixando, outrossim, de ser manifestação peculiar da própria ilegalidade, porém mais grave).

Já o direito de ação pode ser compreendido como faculdade conferida àquele que afirma ter um determinado direito, não reconhecido ou não adimplido por outrem, de pedir providência do Poder Judiciário no sentido de amparar-lhe o respectivo exercício.

(...)

Tocante às quatro modalidades de ação de conhecimento – condenatória, constitutiva, declaratória ou mandamental –, o mandado de segurança pode assumir feições combinadas de ação condenatória e mandamental ou constitutiva e mandamental, podendo também ser exclusivamente mandamental. Prepondera, todavia, no mandado de segurança, o caráter de ação mandamental, exatamente porque lhe é inerente que a autoridade apontada como coatora, em caso de procedência do mandado de segurança, deva atender precisamente ao que na sentença lhe for determinado. Mesmo assim, o mandado de segurança pode assumir caráter de ação concomitantemente condenatória e mandamental ou constitutiva e mandamental, podendo até mesmo ter feição exclusivamente constitutiva.”(3)

Ainda, sirvo-me do magistério do eminente Ministro Carlos Thompson Flores, ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal, em importante parecer, proferido em caso de magistrado excluído após sua habilitação, que lança luzes a respeito da correta definição de liquidez e certeza no âmbito do mandado de segurança:

“1. Os fatos são, em sua substância, precisos e certos, sobre eles não ocorrendo qualquer dúvida ou discussão.

Daí o acerto do remédio judicial do qual se valeu o ilustre patrono da requerente – mandado de segurança –, dado que o direito é sempre certo. Ele existe ou não. É o que afirmava o saudoso Ministro Costa Manso, ao votar em célebre julgamento no Plenário do Egrégio Supremo Tribunal Federal, quando conceituou a expressão consignada na Constituição de 1934, art. 113, § 33 – direito certo e incontestável –, equivalente à que adotaram as Constituições e as leis que vieram após, usando dos termos ‘direito líquido e certo’. É, também, o que registra Castro Nunes em sua festejada obra, **Mandado de Segurança**, 1949, p. 81 e seguintes.”(4)

Feitas tais distinções, passa-se a analisar alguns temas de interesse a respeito da utilização do mandado de segurança na tutela de direitos quando da realização de concursos públicos, cuja organização dá-se nos termos do disposto no artigo

37 da Constituição Federal.

2 Do prazo decadencial para impetração do mandado de segurança e do seu termo inicial

Nos termos do artigo 23 da Lei nº 12.016/09, "O direito de requerer mandado de segurança extingue-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado".

Segundo leciona Cássio Scarpinella Bueno, dito prazo decadencial revela-se inconstitucional, na medida em que limita o direito de ação consagrado pelo constituinte:

"O prazo, acentua a maior parte da doutrina, é decadencial. Trata-se de perder o direito ao mandado de segurança. É essa a razão, aliás, da grande crítica – clássica entre nós – sobre a **inconstitucionalidade** de um tal prazo que, no particular, vem sendo repetido desde o art. 3º da Lei nº 191/1936, passando também pelo art. 331 do Código de Processo Civil de 1939.

Como a nova regra pretende, a exemplo das que lhe eram anteriores, **limitar** o exercício do mandado de segurança a determinado prazo, não há como negar a sua **inconstitucionalidade**. A previsão do mandado de segurança como direito e garantia individual e coletiva não aceita, máxime diante do que se extrai do § 1º do art. 5º da Constituição Federal, limitações temporais."(5)

Entretanto, o prazo decadencial instituído pela legislação ordinária é amplamente aceito pela jurisprudência, restando inclusive sumulado pelo Supremo Tribunal Federal em seu verbete 632: "É constitucional lei que fixa prazo de decadência para impetração de mandado de segurança".

De qualquer forma, em se tratando de concursos públicos, não obstante o debate acerca da inconstitucionalidade, ou não, de dito prazo decadencial, a jurisprudência inclinou-se em diferentes sentidos acerca da definição do termo *a quo*, ou seja, na fixação do momento de ciência, pelo interessado, do ato impugnado, oportunidade em que iniciaria a fluência do prazo decadencial de 120 (cento e vinte dias).

Com efeito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça revelava-se vacilante quanto ao tema, prosperando o entendimento segundo o qual a ciência pelo interessado – no caso, o candidato do certame – materializava-se com a publicação do edital, em órgão oficial, do certame seletivo, sendo esse o termo inicial para a contagem do prazo.

Veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. EDITAL. IMPUGNAÇÃO. DECADÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. I – A data da publicação do edital do concurso público constitui o *dies a quo* do prazo decadencial para ajuizamento de mandado de segurança visando ao questionamento de disposição nele inserta, sendo descabida a pretensão de que se inicie a contagem na data da inscrição do candidato no certame. II – No caso, embora publicado o edital no Diário do Judiciário de 21 de setembro de 2001, o *mandamus* foi protocolizado tão somente em 07 de março de 2002, portanto, quando já havia escoado o prazo de 120 (cento e vinte) dias. Recurso desprovido." (STJ; ROMS – **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança** – 16482; Relator(a) **Felix Fischer; Quinta Turma**; Fonte DJ data: 16.02.2004)

Tal entendimento, sem dúvida, restringia a utilização do mandado de segurança. Sabe-se que diversas ilegalidades emergem apenas no avançar dos certames, que não raro prolongam-se durante muitos meses. A solução então proposta pelo

Superior Tribunal de Justiça, na prática, inviabilizava o manejo da ação de mandado de segurança em muitas oportunidades.

Posteriormente, aquela Corte Superior de Justiça, já ante a disseminada utilização de ações ordinárias em primeiro grau de jurisdição, propostas com o fito de elidir dito obstáculo processual, reviu sua posição, reconhecendo que apenas a ciência, pelo interessado, do ato administrativo que gera efeitos concretos potencialmente hábeis a eliminar o candidato do certame determina o início da contagem do prazo decadencial para a impetração de mandado de segurança.

Como exemplo, cito os seguintes julgados:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DECADÊNCIA. ART. 23 DA LEI 12.016/2009. TERMO INICIAL. ATO DE ELIMINAÇÃO DO CONCURSO. PRECEDENTES. ART. 515, § 3º, DO CPC. INAPLICABILIDADE. I. O prazo decadencial para a impetração de mandado de segurança somente se inicia com a ciência do ato administrativo, de efeitos concretos, que determina a eliminação dos candidatos do certame, momento em que se efetiva o prejuízo, porquanto só a partir de então existe ato operante e exequível, apto a provocar lesão a direito. Precedentes do STJ: AgRg no RMS 39.516/BA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 16.04.2013; EREsp 1.266.278/MS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, CORTE ESPECIAL, DJe de 10.05.2013. II. No caso, o prazo decadencial não pode ser contado a partir da realização da prova oral, pelos impetrantes, em 05 e 06.01.2013, mas a contar da ciência do Edital 28-TJ/PA, de 24.01.2013, que veiculou o resultado final, quanto à eliminação dos impetrantes, na prova oral do certame. Como o presente mandado de segurança foi ajuizado em 22.05.2013 – antes de decorridos 120 dias da data do aludido Edital 28-TJ/PA, de 24.01.2013 –, é de se afastar a decadência. III. Impossibilidade de aplicação do art. 515, § 3º, do CPC: ‘Este Tribunal já concluiu pela inaplicação analógica da regra do § 3º do artigo 515 do Código de Processo Civil e, por consequência, pela não adoção da denominada ‘teoria da causa madura’ no recurso ordinário em mandado de segurança, sob pena de supressão de instâncias judiciais’ (STJ, RMS 33.640/MS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 14.02.2013). IV. Recurso ordinário provido, para afastar a decadência para a impetração da segurança e determinar que os autos retornem ao Tribunal de origem, para prosseguimento.” (RMS 44.408/PA, Rel. Ministra **Assusete Magalhães, Segunda Turma**, julgado em 25.03.2014, DJe 03.04.2014)

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. POLICIAL MILITAR. CURSO DE FORMAÇÃO. LIMITE DE IDADE. INOCORRÊNCIA DA DECADÊNCIA. TERMO INICIAL. ATO QUE INDEFERE A MATRÍCULA DO CANDIDATO NO CURSO DE FORMAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DO ESTADO DA BAHIA DESPROVIDO. 1. O acórdão de origem está em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça de que o termo *a quo* para a fluência do prazo decadencial deve ser contado da data do indeferimento da matrícula do candidato no curso de formação, com a sua efetiva exclusão do certame, e não da publicação do respectivo edital. Precedentes. 2. Agravo regimental do ESTADO DA BAHIA desprovido.” (AgRg no AREsp 173.965/BA, Rel. Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma**, julgado em 06.02.2014, DJe 17.02.2014)

Em especial nos concursos envolvendo o provimento do cargo de juiz de primeiro grau, organizados pelos Tribunais de Justiça e pelos Tribunais Federais, houve grande número de situações em que candidatos eliminados pela não comprovação de atividade jurídica, cujas inscrições definitivas eram rejeitadas – normalmente antes das provas orais –, acabavam preterindo a utilização do mandado de segurança, na escolha da estratégia jurídica adotada, em razão do entendimento então mantido pelo STJ. Por força disso, serviam-se de ações ordinárias, por vezes fulminadas pelos Tribunais em sede de agravo de

instrumento, sob o argumento de que a competência originária outorgada pela Constituição Federal, em seu art. 108, estava sendo usurpada (“Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais: I – processar e julgar, originariamente:(...) c) os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal”).

Nesse sentido a decisão proferida pelo Desembargador Federal Edgard Lippmann Jr., nos autos do agravo de instrumento nº 2006.04.00.007140-9/RS:

“Trata-se de agravo de instrumento interposto de decisão proferida em ação de rito ordinário, que busca a inscrição definitiva do autor, ora agravado, no concurso para provimento do cargo de juiz federal substituto, que deferiu a antecipação de tutela para determinar o direito do agravado de participar da prova oral do XII Concurso Público para Provimento de Cargo de Juiz Federal Substituto da 4ª Região, indeferida que foi sua inscrição por não contar com três anos de atividade jurídica posteriormente à colação de grau.

Dáí o agravo, com pedido de atribuição suspensiva à decisão, arguindo a União, em primeiro lugar, a incompetência do juízo de 1º grau, uma vez que a suposta ilegalidade é atribuída ao Presidente do Tribunal e à Comissão do Concurso, sendo tolhida esta Corte por instância inferior; e a restrição legal à concessão de liminares contra o poder público. No mérito, aduz que a Emenda Constitucional nº 45/2004 exige a comprovação, para ingresso na carreira da Magistratura, de três anos de atividade jurídica prestada posteriormente à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Decido.

Em primeiro lugar, é de se ressaltar que, como forma de subtrair-se do exame da questão pelo Tribunal, tendo em vista que o parágrafo 1º do art. 1º da Lei 8.437/92 dispõe que ‘não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via do mandado de segurança, à competência originária de tribunal’, algumas ações têm sido ajuizadas junto ao 1º grau indicando como ré a União Federal. Veja-se, nesse sentido, a jurisprudência colacionada pela agravante.

Ora, já por esse motivo tenho que a decisão recorrida não pode prevalecer, pois é evidente que o ato inquinado de ilegal, atribuível à comissão do concurso destinado ao provimento de cargos de juiz federal substituto do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, não está sujeito a exame pela primeira instância.

Veja-se, a propósito, que o que deve ser levado em conta, no caso, é o princípio do juiz natural, ou seja, sendo o ato alegadamente ilegal oriundo da Comissão do Concurso, a irresignação contra o ato deveria ser examinada pela Corte Especial deste Tribunal.

Dessa forma, com a devida vênua do i. magistrado *a quo*, atribuo efeito suspensivo ao recurso interposto para cassar a decisão de primeiro grau.”

Logo, o novo entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça representou novo horizonte na apreciação de casos da espécie, prestigiando o mandado de segurança enquanto remédio constitucional e assegurando aos candidatos que pleiteiam seus direitos o acesso a tão importante instrumento.

3 Dos casos de litisconsórcio

Usual é a existência de diversos candidatos participando do certame seletivo, medindo forças em busca da aprovação segundo a melhor classificação possível. Nessas situações, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que apenas em casos envolvendo a anulação de questões emerge o

interesse de terceiros.

Exemplifico:

“RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE NOMEAÇÃO DE CANDIDATO, RÉU EM AÇÃO PENAL, POR INIDONEIDADE MORAL. OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. NOMEAÇÃO DE APROVADOS EM CLASSIFICAÇÃO INFERIOR À DO IMPETRANTE. AUSÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. DESNECESSIDADE DE CITAÇÃO DOS CANDIDATOS. NÃO CABIMENTO DE ANULAÇÃO DE SUAS NOMEAÇÕES. 1. Por força do disposto no artigo 5º, LVII, da CR/88, que não limita a aplicação do princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade ao âmbito exclusivamente penal, também na esfera administrativa deve ser referido princípio observado. 2. Incorre em flagrante inconstitucionalidade a negativa de nomeação, por inidoneidade moral, de aprovado em concurso público com base na apresentação de certidão positiva que indicava sua condição de parte no polo passivo de ação penal em curso. 3. Ausência de citação dos nomeados que foram classificados com notas inferiores às do recorrente diante da inexistência de litisconsórcio passivo necessário, pois eventual concessão do *mandamus* não iria alterar os resultados que obtiveram no certame ou acarretar a nulidade do concurso. Indeferimento do pedido de anulação de suas nomeações, que não incorreu em ofensa ao direito líquido e certo do impetrante de ser nomeado. 4. Recurso ordinário provido em parte. Nomeação do impetrante no cargo de Auxiliar Judiciário PJ-I ou, em caso de sua transformação, no cargo atualmente correspondente.” (Superior Tribunal de Justiça; ROMS – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 11396; **Sexta Turma**; Data da decisão: 12.11.2007; Relator(a) **Maria Thereza de Assis Moura**)

Outra não é a inteligência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

“PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. AGRAVO RETIDO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1. Não há litisconsórcio passivo necessário dos demais candidatos de concurso vestibular, uma vez que esses candidatos não são titulares de direito líquido e certo. Assiste-lhes, tão somente, expectativa de direito à matrícula caso chamados pela instituição de ensino, não incidindo sobre eles os efeitos jurídicos da decisão proferida no caso em tela e não se aplicando, portanto, o disposto no artigo 47 do Código de Processo Civil. 2. Quanto ao mais, inexistente, no acórdão embargado, omissão a ser sanada, porquanto o juiz deve decidir a matéria trazida à lide, e não artigos de lei, bastando, para tanto, a exteriorização dos fundamentos jurídicos embasadores do acórdão, não sendo dever do julgador declinar, um a um, todos os dispositivos legais trazidos pelas partes ou eventualmente aplicáveis ao caso. 3. A intenção de rediscutir a matéria e obter novo julgamento pela Turma não encontra nos embargos de declaração a via processual adequada, já que é cabível tal recurso quando na decisão prolatada houver obscuridade, contradição ou omissão, conforme artigo 535, inc. I e II, do Código de Processo Civil, ou, por construção jurisprudencial, erro material. 4. A necessidade de prequestionamento não afasta a necessidade de ocorrência de omissão no acórdão quanto à matéria que se quer prequestionar, isto é: mesmo os declaratórios com fins de prequestionamento devem observar os requisitos previstos no art. 535 do CPC para o seu cabimento. 5. Embargos de declaração parcialmente providos.” (TRF4 5001915-15.2013.404.7204, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, juntado aos autos em 14.11.2013)

“ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. REALIZAÇÃO DE PROVA EM DATA DIVERSA. MOTIVO DE FORÇA MAIOR. SITUAÇÃO DE FATO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. 1. Se a pretensão do autor envolve a legalidade ou, em acepção mais ampla, a juridicidade de disposição de edital de concurso público, não se deve cogitar a impossibilidade jurídica do pedido, por não se estar examinando questão afeta à discricionariedade da Administração. 2. Não há

litisconsórcio passivo necessário quando a pretensão do autor não afeta diretamente esfera jurídica de interesse dos demais candidatos do certame. 3. Em princípio, não se admite que motivos de força maior, inclusive comprovado acometimento de doença por candidato, possibilitem a realização de etapa de concurso público em data diversa da que foi fixada no edital respectivo. Tal consideração, pela Administração, de inúmeras situações particulares que envolvam casos fortuitos e de força maior poderia levar à própria inviabilização da realização do concurso público. 4. No entanto, como o autor, amparado por medida liminar, realizou a avaliação psicológica em data diversa, tendo sido aprovado nesta e nas demais etapas do certame, inclusive no Curso de Formação, tendo ainda tomado posse no cargo, o qual ele exerce há quase três anos, torna-se imperativo, com fundamento nos princípios da razoabilidade e da segurança jurídica, o reconhecimento de situação de fato consolidada. Não se pode ignorar, na hipótese, o interesse público, em especial todo o investimento que foi realizado na capacitação e na qualificação do profissional, já perfeitamente integrado aos quadros da Polícia Federal. Precedentes do STJ. 5. Apelo a que se nega provimento.” (TRF4, AC 2004.71.00.049112-1, Quarta Turma, Relator Valdemar Capeletti, D.E. 07.07.2008)

Do voto condutor, de lavra do Desembargador Federal Valdemar Capeletti, extraio o seguinte trecho:

“Também não assiste razão ao apelo no que concerne à alegação de ocorrência de litisconsórcio necessário. Embora se admita repercussão indireta ou relativa, não afeta diretamente a esfera jurídica de interesses de outros candidatos a controvérsia referente à data em que o autor realizou a avaliação psicológica. O fato é que ele foi submetido aos mesmos exames que os demais, de modo que o provimento judicial, *grosso modo*, não irá repercutir senão *inter partes*. Somente poder-se-ia admitir o litisconsórcio passivo necessário se a pretensão do autor fosse a anulação de uma etapa ou de todo o concurso público. Aí sim haveria inequívoco prejuízo aos demais candidatos.”

Portanto, inexistente, nesse passo, motivo que legitime a intervenção de terceiros supostamente interessados em casos, *v.g.*, de indeferimento de inscrição definitiva em razão da não comprovação de atividade jurídica, idade mínima ou condição física para o prosseguimento no certame. Eventual efeito sobre os demais candidatos é puramente reflexo, indireto.

4 Do manejo do mandado de segurança em desfavor de decisão transitada em julgado

Assevera o artigo 5º da Lei nº 1.533/51:

“Art. 5º Não se dará mandado de segurança quando se tratar: (...)
II – de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correição.”

E o art. 5º da Lei 12.016:

“Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar: (...)
III – de decisão judicial transitada em julgado.”

Note-se que, além de os dispositivos legais em questão afastarem a utilização da ação de mandado de segurança como sucedâneo recursal, tal matéria também está sumulada pelo Supremo Tribunal Federal em seus verbetes 267 e 268. Veja-se:

“267. Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou

correição.

268. Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado.”

A jurisprudência sedimentou-se no sentido de inadmitir o mandado de segurança como sucedâneo recursal:

“MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE ATO COATOR. MANDADO DE SEGURANÇA COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 268 DO STF. AGRAVO IMPROVIDO. I – O agravante deixou de demonstrar o direito líquido e certo ferido. II – A jurisprudência desta Corte, ademais, é no sentido de que não é cabível mandado de segurança como sucedâneo de recurso de decisão judicial. III – Agravo regimental improvido.” (Supremo Tribunal Federal; MS-AgR – Ag.Reg. no Mandado de Segurança nº 26767; Relator Min. **Ricardo Lewandowski**, DJ 30.11.2007)

“AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUDICIAL PASSÍVEL DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. SÚMULA 267/STF. DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO. SÚMULA 268/STF. DECISÃO JUDICIAL IMPETRADA EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. WRIT SUCEDÂNEO DE AÇÃO RESCISÓRIA. NÃO CABIMENTO. I – ‘Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição’ (Súmula 267/STF). II – A jurisprudência desta Corte tem afastado, em hipóteses excepcionais, a aplicação da Súmula 267/STF, em casos de decisões judiciais teratológicas ou flagrantemente ilegais, que, a toda evidência, não restaram demonstradas no presente *writ*. III – Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial transitada em julgado. Aplicação da Súmula 268 do c. Pretório Excelso. IV – A decisão judicial impetrada, consignando que ‘A ação em que se discute a correção monetária dos saldos das contas vinculadas do FGTS deve ser proposta no foro da agência responsável pela administração dos depósitos questionados’ (fl. 116), encontra-se em perfeita harmonia com a jurisprudência desta e. Corte sobre a matéria, não sendo possível vislumbrar-se no *writ* impetrado qualquer possibilidade de sucesso. V – Assim como em relação aos recursos, a ação de mandado de segurança não é sucedâneo de ação rescisória. Agravo regimental desprovido.” (STJ – Superior Tribunal de Justiça; AGRMS nº 012814; Rel. Min. Felix Fischer, Corte Especial, DJ 08.11.2007)

“PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. SÚMULA 268 DO STF. 1 – Mandado de segurança não se presta para a rescisão de sentenças regularmente transitadas em julgado, nem pode substituir recursos que deixaram de ser interpostos em tempo oportuno. 2 – Princípio da Súmula 268 do STF. 3 – Improvimento da apelação.” (TRF4, AMS 2004.72.00.001573-8, Relator Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, Terceira Turma, DJ 14.12.2005)

Dessa forma, é incabível a impetração do *mandamus* contra decisão passível de recurso, segundo posicionamento doutrinário e jurisprudencial. É expressamente excepcionado pela lei que não serão atacáveis por mandado de segurança os atos jurisdicionais que têm, para seu resguardo, recurso próprio e exclusivo.

É elucidativa a lição de J. Cretella Júnior a esse respeito:

“Portanto, se, nos termos da Lei nº 1.533, art. 5º, II (‘Não se dará mandado de segurança quando se tratar de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais, ou possa ser modificado por via de correição’), existe ressalva para a impetração de mandado de segurança, nesses casos, é claro, *a contrario sensu*, caberá o emprego do mandado de segurança, em todas as demais hipóteses, para a proteção de direito líquido e certo ferido por ato jurisdicional não passível de recurso, ou de reexame, mediante correição.”(6)

Entretanto, a matéria é polêmica, havendo significativa controvérsia acerca do cabimento ou não do mandado de segurança nessas condições. A respeito do tema, Carlos Alberto de Salles defende o manejo do mandado de segurança como espécie de válvula de escape do sistema jurisdicional, não obstante a existência da súmula 268 do Supremo Tribunal Federal:

“A discussão sobre o cabimento do mandado de segurança contra atos judiciais é matéria extremamente propícia para localizar e avaliar situações nas quais o sistema jurisdicional não apresenta respostas adequadas ou suficientes para a efetiva proteção dos direitos das partes, seja por falhas operacionais do aparato judiciário do Estado, seja por imperfeição na disciplina processual dessa atividade estatal.

Nessas situações, o mandado de segurança serve como uma espécie de válvula de escape do sistema jurisdicional, propiciando um remédio para resguardar o interesse das partes no processo. Trata-se, evidentemente, de uma medida excepcional, destinada à correção de falhas que, por falta de um mecanismo eficaz do próprio processo, possam levar a lesão grave ou de difícil reparação aos direitos das partes. A necessidade da via mandamental surge da inexistência ou da falta de eficácia de instrumentos nas normas ordinárias de processo – geralmente recursos – que sejam capazes de evitar a consumação de uma lesão aos interesses das partes.

(...)

A súmula 269 estabelece de maneira peremptória que ‘não cabe mandado de segurança contra decisão judicial transitada em julgado’. Muito embora essa súmula não tenha sido objeto de questionamento direto por decisão do próprio Supremo, como foi a 267, também ela vem sendo alvo de sérias e corretas restrições por parte de decisões judiciais e doutrinadores voltados para esse tema.

De fato, se bem analisada a questão, a vedação sumulada excede em muito os limites previstos na Lei nº 1.533/51 (art. 5º, II) e o próprio direcionamento constitucional do instituto estudado (art. 5º, LXIX). O mandado de segurança, nos termos do disposto na Constituição Federal e previsto em sua lei regulamentadora, não comporta qualquer restrição, podendo ser invocado em qualquer situação em que ato ilegal ou abusivo de autoridade pública ponha em risco direito líquido e certo.

Nesse sentido, a coisa julgada não se coloca como um óbice formal à utilização dessa medida com a finalidade de impugnar atos judiciais. Não oferecendo o sistema processual alternativa adequada para preservar os direitos afirmados pelo interessado, como ocorria naquelas situações de recurso sem efeito suspensivo, ‘cabe o mandado de segurança contra qualquer decisão judicial, ainda que transitada em julgado’.(7)

Evidentemente, na hipótese ora estudada, tem-se uma contraposição de garantias constitucionais: de um lado, o mandado de segurança; de outro, a coisa julgada, consagrada no art. 5º, XXXVI, da CF. Deve-se ter em conta, entretanto, que a coisa julgada é relativa, podendo, dentro do prazo estabelecido, ser desconstituída por meio de ação rescisória.

Considere-se, também, que a referência da súmula à coisa julgada tem sentido amplo, dizendo respeito tanto à coisa julgada formal quanto à material. Poder-se-ia dizer que a referência sumulada remete a todas aquelas decisões em relação às quais se operou o efeito preclusivo da sentença transitada em julgado ou da decisão interlocutória em relação à qual não houve recurso.”(8)

Ditas exceções são admitidas pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que autoriza a impetração de mandado de segurança por terceiros interessados,

nas condições já descritas:

“PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. DECADÊNCIA. IMPETRAÇÃO QUE SE VOLTA CONTRA ATO JUDICIAL. TERCEIRO PREJUDICADO. CABIMENTO. SÚMULA Nº 202/STJ. 1. (...) 2. É cabível a impetração de mandado de segurança por terceiro interessado que, não citado no processo e sem condições de tomar ciência da decisão que lhe prejudicou, ficou impossibilitado de se utilizar do recurso cabível no prazo legal. 3. Incidência da Súmula nº 202/STJ, que preleciona: a impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona à interposição de recurso. 4. Agravo regimental improvido.” (AgRg no AgRg no RMS 22.536/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª Turma, DJe 23.08.2011)

“RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO JUDICIAL POR TERCEIRO PREJUDICADO, QUE NÃO PARTICIPOU NEM TEVE ACESSO AO PROCESSO. SÚMULA 202/STJ. 1. O terceiro prejudicado, não sujeito aos vínculos da coisa julgada, está legitimado a defender seus interesses por ação própria, inclusive por mandado de segurança, independentemente da interposição de recurso. Aplicação da Súmula 202/STJ. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg no RMS 32311/MG, Ministro Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, DJe 10.10.2011)

Conclui-se que há, de fato, situações em que o ordenamento jurídico carece de soluções efetivas para problemas processuais insolúveis, constituindo o mandado de segurança importante alternativa para a correção das imperfeições apresentadas pelo sistema jurisdicional.

Conclusão

A utilização da ação do mandado de segurança no âmbito dos concursos públicos é amplamente difundida, fato que revela sua importância no contexto processual brasileiro. Permite o controle, pela jurisdição, das atividades desenvolvidas por agentes de outros poderes do Estado e até mesmo por agentes do próprio Poder Judiciário. Também a jurisprudência, em se tratando de concursos públicos, é rica em situações peculiares, em que o manejo do mandado de segurança revela-se instrumento de grande valor no controle da legalidade.

Na definição do termo *a quo* para a contagem do prazo decadencial para impetração, a jurisprudência estabeleceu o momento de ciência, pelo interessado, do ato administrativo que gera efeitos concretos, potencialmente hábeis a eliminar o candidato do certame.

Quanto ao litisconsórcio, o Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que apenas em casos envolvendo a anulação de questões emerge o interesse de terceiros.

Por fim, há situações em que o ordenamento jurídico carece de soluções efetivas para problemas processuais insolúveis, constituindo o manejo do mandado de segurança em desfavor de decisão transitada em julgado importante alternativa para a correção das imperfeições apresentadas pelo sistema jurisdicional.

Referências bibliográficas

ALVIM, Arruda. **Mandado de segurança, direito público e tutela coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BUENO, Cassio Scarpinella. **A nova lei do mandado de segurança**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Liminar em mandado de segurança**: um tema com variações. 2. ed.

rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____; ARRUDA ALVIM, Eduardo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança**: 51 anos depois. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Lei do Mandado de Segurança**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Mandado de segurança**: o tradicional, o novo e o polêmico na Lei nº 12.016/09. São Paulo: Dialética, 2009.

PACHECO, José da Silva. **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

THOMPSON FLORES, Carlos. Parecer: Magistratura. Concurso. Exclusão de candidato após a sua habilitação. Ilegalidade. **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, Porto Alegre, a. 23, n. 80, p. 15-28, 2012.

Notas

1. PACHECO, José da Silva. **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 154.

2. TALAMINI, Eduardo. As origens do mandado de segurança na tradição processual luso-brasileira. In: BUENO, Cassio Scarpinella; ARRUDA ALVIM, Eduardo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança**: 51 anos depois. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 287 e 310.

3. DECOMAIN, Pedro Roberto. **Mandado de segurança**: o tradicional, o novo e o polêmico na Lei nº 12.016/09. São Paulo: Dialética, 2009. p. 15-18.

4. THOMPSON FLORES, Carlos. Parecer: Magistratura. Concurso. Exclusão de candidato após a sua habilitação. Ilegalidade. **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, Porto Alegre, a. 23, n. 80, p. 15-28, 2012. p. 17.

5. BUENO, Cassio Scarpinella. **A nova lei do mandado de segurança**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 184.

6. CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Lei do Mandado de Segurança**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 186.

7. Apud BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. O mandado de segurança: contribuição para o seu estudo. **RePro**, n. 66, p. 122-137, abr./jun. 1992.

8. SALLES, Carlos Alberto de. Mandado de segurança contra atos judiciais: as súmulas 267 e 268 do STF revisitadas. In: BUENO, Cassio Scarpinella; ARRUDA ALVIM, Eduardo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança**: 51 anos depois. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 120-140.

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023:2002/ABNT):

ARNOLD, Alexandre. Mandado de segurança e concursos públicos: aspectos polêmicos e breves reflexões acerca da jurisprudência. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 63, dez. 2014.

Disponível em:

< http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao063/Alexandre_Arnold.html>

Acesso em: 08 jan. 2015.

REVISTA DE DOCTRINA DA 4ª REGIÃO
PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO TRF DA 4ª REGIÃO - EMAGIS